

Les Cahiers de droit

Justice et codification

Jean-Michel Poughon



Volume 42, numéro 3, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043670ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043670ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Poughon, J.-M. (2001). Justice et codification. *Les Cahiers de droit*, 42(3), 725–750. <https://doi.org/10.7202/043670ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2001

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Justice et codification

Jean-Michel PUGHON*

	<i>Pages</i>
1 La Justice et la codification « révolutionnaire » : de l'égalité à la liberté	728
1.1 La déclaration concernant les principes de la liberté et de l'égalité	728
1.2 La convention : le principe naturel d'égalité, fondement de la codification	729
1.3 Le Code civil de 1804 : la hiérarchie naturelle, fondement de la codification ..	732
2 La dénonciation de l'injustice de la codification	736
2.1 La dénonciation des conséquences injustes du Code civil	737
2.1.1 La dénonciation des politiques	737
2.1.2 La critique théorique du Code par les juristes et son adaptation par la pratique	739
2.2 La remise en cause des fondements du Code : Duguitt	746
Conclusion	749

Justice et codification, deux concepts qui se sont toujours présentés comme à la fois antagonistes et complémentaires. Antagonistes, dans la mesure où l'un, la justice, relève de l'immatériel, de l'idéal sans cesse recherché, et rarement atteint, tandis que l'autre, la codification, renvoie au concret, au texte, au recueil de lois.

Complémentaires cependant, puisque la codification se veut la manifestation concrète de l'idéal de justice, la traduction matérielle de l'exigence des valeurs de justice.

* Professeur, Faculté de droit, Université Robert-Schuman.

Antagonisme et complémentarité qui se trouvent déjà exprimés à la racine de la conception occidentale des valeurs normatives, la Grèce et Rome. Le conflit entre Antigone et Créon en est l'illustration la plus fameuse, qui oppose la loi des dieux à celle des hommes. Cette opposition est révélatrice en ce qu'elle renvoie à un ordre juridique mythique que les humains auraient trahi. La justice appartient au monde des dieux, son application et sa trahison sont le fait des individus. Force est donc de nous intéresser quelque peu à ce mythe de la justice, le mythe étant entendu au sens du récit à la fois fondateur et explicatif de valeurs ainsi légitimées¹.

Que nous raconte ce mythe, propagé par Homère et Hésiode ? Que Zeus, régnant sur le cosmos, en a confié la garde à Thémis, déesse de la justice, fille d'Oùranos et de Géa. Ainsi issue du Ciel et de la Terre, cette double origine indique l'étendue de son domaine, le lien qui est le sien entre les deux mondes et l'équilibre qui doit en résulter. Épouse de Zeus, elle est mère des Horai, déesses de l'ordre et de la nature, et dont l'office est de rythmer la succession des saisons. Ces Horai se dénomment Eunomia, Dikè et Irénée, dénominations qui renforcent les missions de paix, de bon ordre et de justice sur le monde.

Thémis siège aux côtés de Zeus. Divers qualificatifs lui sont attribués, qui explicitent son rôle de gardienne de l'ordre établi. Elle est de bon conseil (*Euboulos*), protectrice (*sauteria*), et sanctionnatrice (*iknaiè*) de ceux qui transgressent cet ordre. Pour faire connaître sa justice et sa conception de l'ordre, elle édicte des principes, les dikè, qui s'imposent aux hommes comme aux dieux. Celui qui les viole est qualifié d'*athémistos*, de « sans justice ». Ce sont ces dikai qui déterminent le juste et l'injuste. Et ce juste, finalité de tout acte humain, s'exprime concrètement par les nomoi. Jacqueline de Romilly a clairement montré² la double signification de ces nomoi. D'une part, ils traduisaient l'ordre de l'Univers, du cosmos, qui se distingue de l'ordre sans finalité, le *taxis*. D'autre part, ils désignaient le rite religieux, la récréation par la règle, de cet ordre divin. L'Homme, le Législateur se doit d'imiter cet ordre et ses valeurs. Là réside l'indice de la civilisation. Et, en ce sens, Nomos s'oppose à barbarie.

Dikè manifeste ainsi, *hic et nunc*, les souhaits de Thémis. De là, l'idée que Thémis personnifie l'ordre immuable, équilibré, ce qui est, tandis que Dikè renvoie à ce qui doit être, édicte ce qui est conforme à cet ordre. Dikè

-
1. Sur ce point, cf. J.-M. PUGHON, « Mythe et loi », dans COLLOQUE DE L'ASSOCIATION DES HISTORIENS DES IDÉES POLITIQUES, PUFAM, 1999, dont le thème était « La loi ».
 2. J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque : des origines à Aristote*, Paris, Les Belles Lettres, 1971.

incarne ainsi un ordre normatif destiné à être connu des hommes, afin qu'ils l'appliquent³.

Ainsi naît la codification, qui consiste à recueillir les lois, à la fois pour marquer leur origine idéale et pour déterminer la logique de leur application. Tel est le sens des codifications religieuses, comme les « dix paroles » recueillies par Moïse et commentées par la suite⁴, les prescriptions du Coran ou le droit canonique. Cependant, telle est aussi la signification de la Loi romaine. Un auteur a montré⁵ que le mot même de *lex* se rattachait, étymologiquement, à l'idée de lecture. C'est la lecture rituelle, par l'autorité compétente, d'un texte (*lex publica*, *lex templi*), lecture indispensable à la validité de l'acte. Par la suite, le vocable *lex* aurait désigné le texte lui-même. Ainsi en est-il de la Loi des XII tables, qui ne serait que du *ius*, d'abord publié, puis lu. Cette loi des XII tables, devenue elle-même source de *ius*⁶, sera censée être toujours en vigueur lors de la confection des compilations justiniennes. Ces dernières, élaborées comme si Dieu en était l'auteur (*deo auctore*) obéissent à la même logique. Logique reprise par les auteurs de droit naturel comme Wolf⁷, ou les rédacteurs du *Code civil*, ainsi que nous le verrons.

Ainsi, la codification traduit, concrétise, matérialise un certain ordre de valeurs considérées comme justes. Le Code constitue le guide, le révélateur de la norme appropriée, c'est-à-dire, au sens étymologique de *norma* (« équerre »), de la vérification de la légitimité du réel à l'idéal.

Cependant, cet idéal de justice, s'il est éternel dans sa recherche, n'est pas immuable dans son contenu. Loin d'être figé, le concept de justice évolue sous la pression de l'environnement politique et social. Sous la banalité du propos se cache, en réalité, le redoutable problème de l'adaptation de l'ordre normatif, reçu et codifié, à l'évolution et au souhait de nouvelles valeurs. La France, où les soubresauts révolutionnaires furent nombreux, nous a semblé un terrain d'étude favorable. En effet, à une codification révolutionnaire (et par ce vocable nous entendons également le Code de

3. P. GUÉRIN, *L'idée de justice dans la conception de l'Univers chez les premiers philosophes grecs : de Thalès à Héraclite*, Paris, Alcan, 1934.

4. C. LEBEN, « Maïmonide et la codification du droit hébraïque », (1998) 27 *Droits* 114-128.

5. A. MAGDELAIN, *La loi à Rome : histoire d'un concept*, fasc. 34, coll. « d'études latines », Paris, Société d'éditions « Les Belles lettres », 1978.

6. M. HUMBERT, « Les XII tables, une codification ? », (1998) 27 *Droits* 107.

7. A. DUFOUR, « L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des 18^e et 19^e siècles », 24 » *Droits*, note judicieusement que Wolf « élucide [...] les mécanismes de transformation des lois naturelles en lois civiles qui permettent de rattacher tout le droit positif au système des lois naturelles ».

1804), qui se veut imitatrice et reflet de la nature, succède une remise en cause des valeurs et fondements du Code civil.

1 La Justice et la codification « révolutionnaire » : de l'égalité à la liberté

1.1 La déclaration concernant les principes de la liberté et de l'égalité

La Révolution de 1789 qui abolit, selon l'expression de Mirabeau, l'« Ancien Régime », se veut créatrice d'un nouvel ordre dont les principes sont, à l'imitation des États-Unis, proclamés dans la célèbre *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Insistons sur l'emploi du mot « déclaration ». Il est révélateur. Son usage dévoile des principes qui existaient de tout temps, mais qui ne pouvaient être appliqués, masqués qu'ils étaient par le régime précédent. Désormais, leur « déclaration » les institue comme fondement du nouvel ordre politique et, partant, de l'ordre juridique qui va en découler. Socle du nouvel ordre, la Déclaration constitue la référence obligée pour les détenteurs du pouvoir. Elle constitue le modèle auquel ils doivent se conformer, et ce, sous le contrôle des individus.

La Déclaration de 1789 expose les droits naturels « afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du Pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la constitution et au bonheur de tous ». Celle de 1793 reprend la même idée : « afin que le peuple ait toujours devant les yeux les bases de sa liberté et de son bonheur ; le magistrat la règle de ses devoirs ; le législateur l'objet de sa mission ».

Cependant, chacun le sait, l'idéal révolutionnaire évolue lui-même et certains droits proclamés acquerront plus d'importance que d'autres. En 1789 et en 1791, l'individualisme domine. L'article 2 l'exprime nettement : « le but de toute association politique est la conservation des droits [...] de l'homme ». Et l'énumération qui suit retient comme droits « la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression ». Certes, l'égalité n'est pas mentionnée comme faisant partie des droits de l'homme, mais l'article premier y faisait implicitement référence en stipulant que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Individualisme, liberté, égalité devant la loi, tel est l'esprit des premiers révolutionnaires. L'ordre politique, et donc juridique, est essentiellement individualiste. La règle du jeu étant la même pour tous, seuls la vertu et le talent permettent les

distinctions sociales. Le siècle suivant proclamera l'inégalité sociale nécessaire, car stimulante.

L'arrivée des Jacobins au pouvoir change cet état d'esprit. La Déclaration de 1793 le reflète. Le but de la société est désormais

« le bonheur commun » (art. 1) ; les droits garantis sont « l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété » (art. 2). Remarquons que l'égalité prend le pas désormais sur la liberté. Cette primauté de l'égalité est confirmée par l'article 3 qui énonce que « les hommes sont égaux par nature et devant la loi ». Il s'ensuit que, si des inégalités sociales bafouent l'égalité par nature, le citoyen est créancier envers la société du rétablissement de l'équilibre rompu. De là le droit à l'instruction et au travail (art. 21 et 22). Retenons donc qu'en 1793 le concept d'égalité l'emporte sur celui de liberté.

1.2 La convention : le principe naturel d'égalité, fondement de la codification

C'est dans cette optique égalitaire que les premières codifications vont être entreprises, en application d'ailleurs des vœux exprimés dans la Constitution de 1791. C'est l'égalité, valeur première en 1793, qui présidera à l'établissement d'un ordre juridique qui devra lui être soumis. L'égalité se trouvera donc à la base des tentatives de codification de Cambacérès : « L'égalité, l'unité, l'indivisibilité ont présidé à la formation de la République. Que l'unité et l'égalité président à l'établissement de notre Code civil⁸. » De quelle sorte d'égalité s'agit-il ? L'égalité naturelle doit se refléter dans la législation, tout comme elle le fait dans le politique. L'égalité devant la loi sera conservée évidemment et il ne sera pas question de revenir sur l'abolition des privilèges et des inégalités judiciaires.

L'application du concept d'égalité sera poussée plus loin. La nature elle-même nous en fournit le modèle, elle qui fit tous les êtres égaux. L'égalité des êtres humains par nature, tel est le principe naturel, devenu axiome moral, dont tout l'ordre juridique doit découler : « Le Code civil établit l'ordre moral, qui est le cadre de la nature⁹. » C'est ainsi que, en conclusion de la présentation de son premier code, Cambacérès exprime, lyriquement, sa conception de ce qui serait qualifié actuellement des sources du droit. Dans le goût de l'époque qui condamnait tout ce qui provenait de la superstition religieuse, il oppose l'échec inéluctable des lois antiques fondées sur la croyance en leur origine divine au succès prévisible des lois fondées

8. J.-J. REGIS DE CAMBACÉRÈS, *1^{er} Code civil*.

9. *Ibid.*

sur la nature et la raison. Les lois ne sont que le code de la nature. Ce vocable « code » peut d'ailleurs se comprendre passivement comme activement. Passivement, il est entendu comme la récollection des lois observées dans la nature et ordonnées par la raison. Activement, il est compris comme le déchiffrement et la compréhension du sens informatif de la *phusis*.

Dès lors, les principes juridiques retenus, parce qu'ils sont fondés sur la nature, parce qu'ils imitent la nature, ne peuvent être que légitimes et justes. Ne nous y trompons cependant pas. Cambacérès raisonne aussi par rapport à l'individu, dont tous les droits se réduisent « aux droits de liberté, de propriété et de contracter¹⁰ ». Cette conception était celle de 1791. Toutefois, il la prolonge et la complète par l'égalité naturelle. Cette dernière est bien présente dans le droit des personnes, la propriété et les conventions, « objets de la législation civile¹¹ ».

L'égalité préside donc aux droits des personnes. L'égalité devant la loi est conservée, nous l'avons vu. Cependant, la législation civile nouvelle doit effectuer la même démarche que celle à laquelle ont procédé les Jacobins dans l'ordre politique, tel qu'il a été agencé en 1793. Les débuts de la Révolution avaient établi une différence entre citoyens actifs et citoyens passifs. La Convention avait aboli la distinction en édictant que « [c]haque citoyen a un droit égal de concourir à la formation de la loi et à la nomination de ses mandataires ou de ses agents¹² ». Ainsi s'était créée l'identité politique, forme complète de l'égalité politique.

Il doit en être de même dans l'ordre juridique. L'égalité par nature implique l'identité des personnes, des personnalités juridiques. Elle sous-tend aussi la fin des exclusions juridiques comme celle des bâtards sous l'Ancien Droit. L'égalité juridique doit, outre l'égalité devant la loi, conduire à la reconnaissance, sur la scène juridique, de toutes les personnes. À l'identité des citoyens doit correspondre l'identité des personnes. C'est en ce sens que le Code de Cambacérès ne revient pas sur la loi révolutionnaire qui établissait l'égalité des enfants naturels et légitimes¹³.

10. *Ibid.* : « Trois choses suffisent à l'homme en société ; être maître de sa personne ; avoir des biens pour remplir ses besoins ; pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt, de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter. »

11. *Ibid.*

12. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793*, art. 29 ; cf. aussi l'*Acte constitutionnel de 1791*, art. 7 et 8.

13. Présentation du premier Code : « Une loi sage a déjà fait disparaître toute différence entre ceux dont la condition devait être la même. Nous n'avons eu qu'à rappeler cet acte de justice. Mais en mettant au même rang tous les enfants qui sont reconnus par leur père, il faut bannir de la législation française l'odieuse recherche de paternité. Cependant,

De même, il y a égalité des sexes dans le cadre de l'adoption¹⁴. Ainsi, le premier Code avait établi l'égalité des époux dans l'administration commune de leurs biens. Le second revient sur cette disposition, ce revirement étant d'ailleurs justifié par la nature elle-même, mais une nature déjà plus proche de celle des codificateurs napoléoniens, soit l'ordre naturel¹⁵.

C'est aussi en ce sens que l'égalité successorale, déjà édictée par la loi de nivôse an II, est maintenue¹⁶. Ainsi, pour les successions *ab intestat*, est instaurée l'égalité complète des héritiers au même degré ; pour les successions testamentaires, la recherche d'une égalité maximale conduisit à réduire les quotités disponibles. Il est connu que la rétroactivité de cette loi au 14 juillet 1789, son souci d'égalité devant éradiquer la « propriété féodale », mena aux pires désordres... Ce système successoral n'en fut pas moins repris pour l'essentiel dans le deuxième projet de code.

La nouvelle législation civile se veut aussi imitatrice de la nature. L'instinct de perpétuité de l'espèce explique le mariage, « loi primitive de la nature, ou plutôt [...] la nature en action¹⁷ ». Il en est de même du divorce, « fondé sur la nature, sur la raison, sur la justice¹⁸ ». La puissance pater-

il est juste de réserver à l'enfant la preuve de sa filiation contre la mère, car le fait de l'enfantement n'est pas comme celui de la conception, couvert d'un voile impénétrable. »

14. *Ibid.* : « L'adoption imite la nature. C'est une raison pour accorder à tous les sexes le droit d'adopter [...] pour ne pas souffrir qu'un époux puisse adopter sans le consentement de l'autre. »
15. Présentation du second Code : « Dans le premier projet de code, on avoit adopté l'usage de l'administration commune. Et quoique l'égalité doive servir de régulateur dans tous les actes de la vie sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel, et de détruire ainsi les débats qui détruiroient les charmes de la vie domestique [...] Rien n'empêcheroit d'ailleurs que l'administration commune ne fût mise exclusivement entre les mains de la femme ; une pareille convention n'est-elle pas une contravention à la loi naturelle, et ne feroit-elle pas supposer l'imbécillité du mari ? »
16. *Ibid.* : « Vous avez déjà consacré vos principes sur cette importante matière dans les célèbres décrets des 5 brumaire et 17 nivôse : il ne s'agit plus que de placer dans le code de nos lois ce monument de votre sagesse [...] D'ailleurs notre ordre successif est concordant avec nos lois politiques : il est fondé sur des bases prises dans le vœu de la nature : le lien du sang en est le principe, il maintient en outre la balance et la division des propriétés. »
17. *Ibid.* Et Cambacérès de continuer par des propos étonnants pour qui connaissait sa personne : « Le célibat est un vice que le législateur doit poursuivre. »
18. *Ibid.* Cambacérès poursuit : « Qui pourroit exiger du cœur de l'homme qu'il reste attaché là où il ne se sent pas heureux ? [...] Exiger du cœur humain ce qui est au-dessus de ses forces, c'est faire des malheureux sur l'autel même de la nature [...] l'indissolubilité n'étant point une loi de la nature, elle ne sauroit être une loi de la société conjugale. »

nelle elle-même est répudiée au nom de la nature qui l'ignore et lui préfère l'idée de tutelle parentale¹⁹.

À côté de ce principe d'égalité, Cambacérès fonde sa législation sur la nature physiologique de l'individu. Être de besoins, il ne peut les satisfaire qu'en possédant et en échangeant. La propriété résulte ainsi de cette satisfaction physiologique obtenus notamment par son travail²⁰. La satisfaction complète de ses besoins passe par la liberté de choisir les moyens de les satisfaire, c'est-à-dire par la liberté d'échange²¹. Cette dernière se prolonge elle-même par la liberté de régler les modalités de ces échanges. Ainsi se traduit ce qui deviendra la règle essentielle du contrat, la volonté individuelle créatrice d'obligations²².

Le Code de Cambacérès prend de ce fait pour modèle la nature dont il retient ce qui constitue pour les conventionnels le fondement de l'ordre juridique, l'égalité, source de justice. Il n'en sera pas de même avec le Code civil de 1804.

1.3 Le Code civil de 1804 : la hiérarchie naturelle, fondement de la codification

Comme l'avait proclamé Bonaparte lors du coup d'État du 18 brumaire, la « Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie ». Aussi l'affirmation de Portalis, à savoir que « le Code civil est sous la tutelle des lois politiques²³ », revêt-elle un tout autre sens que l'énoncé proféré par Cambacérès. Le Code civil prend sa source dans les principes

19. *Ibid.* : « Les premiers tuteurs sont les pères et les mères. Qu'on ne parle donc plus de puissance paternelle. Loin de nous les termes de plein pouvoir, d'autorité absolue, formule de tyran, système ambitieux que la nature indignée repousse, qui n'a que trop déshonoré la tutelle paternelle en changeant la protection en domination, les devoirs en droits, et l'amour en empire. »

20. *Ibid.* : « La nature l'a fait naître dans le besoin ; elle a attaché son existence au travail : il lui faut des biens, il lui faut des propriétés ; son industrie même est une propriété pour lui. »

21. *Ibid.* : « Il n'est pas heureux s'il n'est pas libre dans le choix de ses jouissances ; le bonheur de l'homme consiste bien plus dans la manière de jouir, que dans la jouissance même [...] De là naît le droit de contracter, qui n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur. »

22. *Ibid.* : « La loi et la convention sont les deux causes des obligations. La loi prévoit des devoirs individuels ; les hommes, en réglant entre eux les transactions sociales, s'imposent eux-mêmes des engagements qu'ils forment, étendent, limitent et modifient par un consentement libre. »

23. J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de code civil*, coll. « Voix de la cité », Bordeaux, Éditions Confluences, 1999, p. 25 : « Le Code civil est sous la tutelle des lois politiques ; il doit leur être assorti. Ce serait un grand mal qu'il y eût de la contradiction dans les maximes qui gouvernent les hommes. »

de 1789, l'individualisme et l'égalité devant la loi. Paradoxalement, la nature demeure le modèle de cette législation, mais c'est, en réalité, une autre conception de la nature. Nous ne sommes plus en présence de la nature au sein de laquelle règne l'égalité. Le Code civil nous présente, au contraire, une nature au sein de laquelle le principe de la hiérarchie domine, où le fort domine et est censé protéger, de son autorité bienveillante, le plus faible.

Cette conception apparaît clairement quant au rétablissement de l'autorité maritale. Si le mariage est « un acte naturel, qui dérive de la constitution même de notre être²⁴ », il n'empêche qu'il doit obéir à certaines règles, dont celle du rétablissement de l'autorité maritale. Cette dernière est fondée, naturellement, sur « la préminence du sexe²⁵ ». Bien plus, les différences naturelles, physiologiques impliquent des différences de fonctions dans la vie du couple²⁶. Et Portalis de se faire plus précis : « la femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible ; l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort²⁷ ». De là cette obéissance due par la femme au mari qui la protège, obéissance d'ailleurs traduite pour la femme par « un hommage rendu au pouvoir qui la protège²⁸ ». Il en résulte pour l'épouse le devoir de cohabitation, et pour les deux époux l'obligation de fidélité, de secours et d'assistance, le secours incombant davantage au mari, qui doit fournir à la femme « ce qui lui est nécessaire pour vivre²⁹ ».

Cette prédominance maritale se marque également dans l'administration des biens du couple. Que ce soit dans la communauté de biens, le régime légal, ou dans le régime dotal, elle demeure patente. Dans le régime légal, « le mari est maître de la communauté, c'est un terme consacré par l'usage » et la femme ne possède point de droits, « ni dans l'administration, ni dans la disposition des biens qui la composent³⁰ ». Cette incapacité de la

24. *Ibid.*

25. *Ibid.* : « Nous avons cherché dans les indications de la nature le plan de ce gouvernement. L'autorité maritale est fondée sur la nécessité de donner, dans une société de deux individus, la voie pondérative à l'un des associés, et sur la préminence du sexe auquel cet avantage est attribué. »

26. J.-E.-M. PORTALIS, « Présentation au corps législatif du titre du mariage », dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IX, Allemagne, Otto Zeller Verlag, 1968, p. 177-178 : « On a longtemps disputé sur la préférence ou l'égalité des sexes. Rien de plus vain que ces disputes... Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leurs droits et dans leurs devoirs respectifs. »

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

29. *Id.*, 179.

30. DUVEYRIER, dans P.A. FENET, *op. cit.*, note 26, t. XIII, p. 721 ; BERLIER, p. 673 : « Dans la communauté conjugale, le mari est le maître absolu [...] En un mot, après avoir mis dans la masse commune son mobilier, la jouissance de ses immeubles et son travail, tous les droits de la femme se réduisent à l'espoir de partager des bénéfices, s'il y en a. »

femme s'étend aux contrats, et la même raison, soit « la garantir de sa faiblesse et sauver sa fortune³¹ », est avancée pour justifier son incapacité.

L'établissement de l'autorité maritale s'accompagne de l'affirmation de l'autorité paternelle, justifiée elle aussi par la faiblesse naturelle des enfants³². Il s'ensuit une autorité contraignante, manifestée par un droit de correction qui peut être qualifié de discrétionnaire, une autorité pesante qui s'exerce jusqu'au mariage des enfants. Encore convient-il de noter l'importance du consentement paternel à ce mariage, consentement auquel sont soumis les garçons jusqu'à l'âge de 25 ans et les filles jusqu'à l'âge de 21 ans (art. 148 C.c.). Là encore, cette exigence est justifiée par la faiblesse des enfants qu'il faut protéger contre les illusions des passions³³. L'obéissance à la nature justifie les différences d'âge entre fils et fille pour le consentement au mariage. Cette différence s'explique, physiquement, par la précocité féminine : « La nature se développe plus rapidement dans un sexe que dans l'autre³⁴. » Il serait logique de penser que cette précocité physique accompagne une maturité plus grande chez la femme que chez l'homme, ce qui expliquerait qu'elle puisse se passer plus tôt du consentement. Il n'en est rien. La femme, vieillissant plus vite, il serait contraire à son intérêt de retarder le moment de son mariage³⁵. Ainsi, l'affirmation de l'autorité maritale comme celle de l'autorité paternelle se fonde sur l'observation, l'imitation même d'une nature, dont l'ordre, fondé sur la « protection » des faibles par les forts, explique la prépondérance du mari et du père dans la législation.

Il en est de même de l'ordre successoral, considéré comme suivant la nature. En l'absence de testament, les premiers à succéder seront ceux pour qui le défunt est censé avoir davantage d'affection, les plus proches par le sang. Ce seront donc les enfants et, à défaut, les ascendants et collatéraux (art. 731 C.c.) Cependant, cet ordre de succession, conforme à l'ordre naturel, peut être bouleversé par un héritier indigne de succéder parce qu'il aurait attenté à la vie du défunt ou, parce qu'instruit du meurtre, il n'aurait

31. FAVART, dans P.A. FENET, *op. cit.*, note 26, t. XIII, p. 317.

32. J.-E.-M. PORTALIS, *op. cit.*, note 23, p. 32 : « L'autorité des pères est motivée par leur tendresse, par leur expérience, par la maturité de leur raison et par la faiblesse de celle de leurs enfants. »

33. J.-E.-M. PORTALIS, *op. cit.*, note 26, p. 144 : « Mais nulle part les enfants dans le premier âge des passions n'ont été abandonnés à eux-mêmes pour l'acte le plus important de leur vie. »

34. *Ibid.*, p. 145.

35. *Ibid.* : « Une fille qui languirait péniblement dans une trop longue attente perdrait une partie des attraits qui peuvent favoriser son établissement, et souvent même elle se trouverait exposée à des dangers qui pourraient compromettre sa vertu. »

pas dénoncé le meurtrier. « Ce parent coupable ou lâche » ne saurait hériter : « celui-là ne saurait réclamer les droits de la nature qui en a abjuré tous les sentiments³⁶ ». Ce respect de la nature conduit à préférer, dans l'ordre successoral, les enfants naturels reconnus au conjoint du défunt³⁷. L'égalité doit régenter les partages, précisément parce que, en l'absence de testament, elle est censée avoir été voulue par le *de cujus*. Le Code réagit là contre l'Ancien Régime, qui, par ses privilèges de masculinité et de primogéniture, allait à l'encontre des lois naturelles et sécrétait l'injustice³⁸.

Nous n'insisterons guère sur les conceptions de la propriété et des contrats, dans la mesure où ils ne reviennent pas sur les conceptions du Code de la Convention.

Issu des besoins de l'individu, le droit de propriété est « une institution directe de la nature³⁹ ». Il en est de même pour la matière des contrats⁴⁰, où le Code reprend l'idée de la force obligatoire des conventions qui résulte de la volonté des parties (art. 1134 C.c.). Il en découle le célèbre article 1781 C.c. aux termes duquel « le maître est cru sur parole » en ce qui concerne les salaires.

Le Code de 1804 se veut donc aussi l'imitation de la nature, en ce sens qu'il tente de reproduire la hiérarchie que le législateur discerne dans l'ordre naturel. Cependant, à côté de cette imitation se révèle une méfiance envers la nature de l'être humain. Méfiance envers la nature humaine qui conduit les rédacteurs à la brider par la loi. Le père est ainsi retenu de défavoriser l'un des siens par l'obligation de respecter la quotité disponible. Les contrats aléatoires comme le jeu et le pari ne sont pas reconnus, parce qu'ils sont fondés sur la spéculation nocive socialement. Quant à la rente viagère, si le Code la reconnaît malgré son caractère spéculatif, c'est en la soumettant à des règles qui avantagent le créancier de la rente (art. 1979)⁴¹.

36. TREILHARD, dans P.A. FENET, *op. cit.*, note 26, t. XII, p. 140.

37. SIMÉON, p. 230 : « Les enfants naturels n'exerceront pas des droits de famille ; ils sont hors de la famille ; mais le sang de leur père et de leur mère coule dans leurs veines ; ce sont les droits du sang que le Code leur adjuge. »

38. CHABOT, dans P.A. FENET, *op. cit.*, note 26, t. XII p. 184 : « l'orgueil féodal avait corrompu toutes les sources de la morale ; il avait étouffé tous les sentiments de la nature ».

39. J.-E.-M. PORTALIS, *op. cit.*, note 23, p. 57 : « l'homme naît avec des besoins ; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété [...] Le droit de propriété en soi est donc une institution de la nature, et la manière dont il s'exerce est un accessoire, un développement, une conséquence du droit lui-même. »

40. *Id.*, p. 50 : « En traitant des contrats, nous avons développé les principes du droit naturel qui sont applicables à tous. »

41. Pour de plus amples développements, cf. J.-M. PUGHON, *Le Code civil*, 2^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 99 et suiv.

Enfin, il convient de noter que, lorsqu'il devient difficile pour le législateur de percer le sens de la nature, il lui faut quand même légiférer. Et sa décision se fondera sur l'hypothèse naturelle, sur la présomption de ce qu'aurait décidé la nature. Tel est le sens de la présomption de paternité exprimée dans la règle *pater is est...* La nature ayant couvert d'un voile impénétrable la vérité de la paternité, il convient de rechercher le père présumé dans l'institution naturelle elle-même qui rapproche les sexes, c'est-à-dire le mariage⁴².

Ainsi, de la Révolution au Code civil de 1804, la nature sert de guide au législateur et lui fournit un socle de justice pour son œuvre de codification. Certes, la nature est diversement envisagée. Pour les conventionnels et les codes de Cambacérès, la nature est révélatrice d'une égalité entre ses créatures, égalité qu'il convient que l'ordre juridique reproduise le plus fidèlement possible. Pour les rédacteurs du Code de 1804, le principe de la hiérarchie naturelle se révèle le seul juste. C'est celui qu'ils tentent de suivre, notamment dans le droit familial. À côté des principes de l'égalité ou de la hiérarchie, les codes proclament celui de la liberté, notamment dans le domaine des contrats. Liberté, égalité, le dyptique révolutionnaire se reflète dans la législation. Le Code de 1804 s'en veut l'incarnation. Et pourtant, il sera vivement contesté dans ses principes mêmes.

2 La dénonciation de l'injustice de la codification

Depuis la Révolution française règne l'idée que les relations sociales sont régies par les principes de la liberté et de l'égalité. Certes, si l'égalité par nature de 1793 est demeurée un vœu pieux, l'égalité devant la loi s'est instaurée en pratique. Le Code civil en est la manifestation la plus concrète. Or, le principe de l'égalité devant la loi sera dénoncé comme une égalité de façade, un mythe masquant les inégalités réelles. Il en sera de même pour la liberté. Le Code civil apparaît désormais comme inadapté et comme une œuvre n'ayant pas su faire face aux bouleversements économiques et sociaux. Fondé sur des valeurs désormais considérées comme dépassées, il sera d'abord dénoncé comme facteur de renforcement des inégalités et des entraves à la liberté (2.1). Puis seront remis en cause ses fondements mêmes, chez Duguit (2.2).

42. BIGOT-PRÉAMENEU, dans P.A. FENET, *op. cit.*, note 26, t. X, p. 135-136 : « Il est à regretter que, pour établir des règles sur les moyens de constater la paternité, la nature seule ne puisse plus servir de guide [elle] a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence [...] Quels pourraient donc être les indices plus grands que ceux qui résultent de la foi promise des deux époux, de leur cohabitation, des regards de leurs concitoyens, au milieu desquels ils passent leur vie ? »

2.1 La dénonciation des conséquences injustes du Code civil

Ces dénonciations seront d'abord l'œuvre de la pensée politique avant d'être celle des juristes.

2.1.1 La dénonciation des politiques

Avant tout, il y a écart entre l'égalité par nature et la réalité. Et le Code ne fait que retracer cette inégalité. La pensée politique met l'accent sur la différence qui existe entre l'égalité naturelle entre les individus et la réalité sociale qui amplifie les inégalités. Cette différence est particulièrement mise en relief chez ceux qui sont qualifiés de socialistes utopiques.

C'est ainsi que Cabet, après avoir défini la « véritable société » comme « la réunion d'hommes qui, librement et volontairement, conviennent de s'associer dans leur intérêt commun » en déduit que l'intérêt commun des associés « est de maintenir et de perfectionner l'égalité naturelle »⁴³. La réalité sociale est évidemment différente, qui consacre des inégalités : « Quels sont les principaux vices de cette organisation prétendue sociale ? Trois : l'inégalité de fortune et de pouvoir, la propriété individuelle et la monnaie⁴⁴. »

Les mêmes constatations sont relevées par Lamennais. L'égalité de nature, « ce droit élevé à la hauteur d'un dogme religieux [...] est resté jusqu'ici à l'état de simple idée, de pur sentiment [...]. Dans l'effective réalité, nous en sommes encore à la solution païenne du problème social, à l'esclavage des nations antiques [...] déguisé sous d'autres noms et d'autres formes⁴⁵ ». L'un de ces déguisements de l'esclavage antique réside dans le contrat de travail. La dépendance du prolétaire envers le détenteur du capital, dépendance quant au travail et au salaire, explique cette analogie⁴⁶. Tout comme l'esclave, le prolétaire n'est que l'« instrument de travail » du capitaliste. Il possède juridiquement certes l'avantage d'être libre de son propre corps. Toutefois, cette liberté n'est que « fiction », dans la mesure où la volonté est dominée⁴⁷.

43. E. CABET, « Principes et doctrines de la Communauté », dans G.M. BRAVO, *Les socialistes avant Marx*, t. III, coll. « Petite collection Maspéro », Paris, F. Maspéro, 1970, p. 82.

44. *Id.*, 83.

45. F.R. DE LAMENNAIS, « L'esclavage moderne », dans G.M. BRAVO, *op. cit.*, note 43, t. II, p. 191.

46. *Id.*, 193 : « Le capitaliste et le prolétaire sont donc entre eux, de fait, à peu près dans les mêmes relations que le maître et l'esclave des sociétés antiques : ainsi le mot même est-il resté ; on dit le maître et l'ouvrier, et l'on dit très vrai. »

47. *Ibid.* : « Le corps n'est point esclave, mais la volonté l'est. Dirait-on que ce soit une véritable volonté que celle qui n'a le choix qu'entre une mort affreuse [...] et l'acceptation d'une loi imposée ? Les chaînes et les verges de l'esclave moderne, c'est la faim. »

La famille, telle qu'elle est envisagée par le Code, est également critiquée. Fourier esquisse ainsi un « tableau des vices de la famille » pour dénoncer le despotisme paternel et ses conséquences hypocrites⁴⁸, la « fausse paternité » à propos de laquelle la loi et l'opinion s'unissent pour interdire à un mari toute réclamation à cet égard, ou neutraliser les plaintes qu'il peut porter⁴⁹. Ces dénonciations s'accompagnaient de propositions de réformes familiales qui pouvaient surprendre ses contemporains : les mariages disparaissent pour laisser la place aux couples « où les titres conjugaux ne s'acquièrent que sur des épreuves suffisantes, et, n'étant pas exclusifs, ils ne deviennent pour les conjoints que des appâts de courtoisie et non des moyens de persécutions⁵⁰ ».

Dans le même esprit est critiquée l'indissolubilité du mariage qui devient ainsi un insupportable carcan⁵¹. Sans aller jusqu'à admettre l'union libre qui « réduirait l'homme au niveau de la bête⁵² », les auteurs insistent sur les principes de liberté et d'égalité des époux qui doivent y présider⁵³ et, implicitement, dénoncent l'hypocrisie à laquelle conduit la rigidité des lois. Cette contestation du Code doit naturellement être replacée au sein d'une contestation plus générale d'une société dont les contradictions se

48. C. FOURIER, *Vers la liberté en amour*, textes choisis et présentés par D. Guérin, coll. « Idées », Paris, Gallimard, 1975, p. 120 : « Un père despote qui regarde chacun de ses caprices comme un acte de justice et favorise arbitrairement parmi ses enfants ceux qui souvent en sont le moins dignes [...] Des enfants qui supportent impatiemment le joug et n'aspirent [qu'à] partager son héritage [...] des rejetons arbitrairement exclus sous le nom de bâtards, éliminés par la loi comme par la famille [...] tandis que tout s'accorde à admettre un enfant notoirement hétérogène. »

49. *Id.*, p. 126. Et C. Fourier de conclure : « le voilà chargé des enfants d'autrui et berné pour s'en être aperçu ». Et plus loin, il ajoute (p. 135) : « Ainsi dans le seul cas où la femme soit grièvement coupable, elle jouit de la haute protection des lois ; et dans le seul cas où l'homme soit grièvement outragé, l'opinion et la loi sont d'accord pour aggraver son affront. »

50. *Id.*, p. 207.

51. R. LAHAUTIERE, « Petit catéchisme de la réforme sociale », dans G.M. BRAVO, *op. cit.*, note 43, t. II, p. 181 : « Le mariage dont le divorce ne tempérerait pas la contrainte serait un joug aussi dur pour les individus que pour la société un gouvernement établi à perpétuité. »

52. *Ibid.*

53. E. CABET, *loc. cit.*, note 43, 85 : « Chacun peut et doit se marier ; le choix est parfaitement libre ; les époux sont égaux ; le mariage peut être dissous quand il y a nécessité. » Voir aussi T. DEZAMY, « Lois de l'union des sexes qui auront pour effet de prévenir toutes discordes et toutes débauches », dans G.M. BRAVO, *op. cit.*, note 43, p. 160, précise que « l'amour mutuel [...] la parité de cœur de deux êtres, forment et légitiment leur union (art. 1) ; il y aura entre les deux sexes une égalité parfaite (art. 2) ; aucun autre lien que l'amour mutuel ne pourra enchaîner l'un à l'autre l'homme et la femme (art. 3) ».

révèlent peu à peu. La loi n'est que le reflet de cette France dont les valeurs révolutionnaires sont devenues des valeurs bourgeoises, légitimant la domination du propriétaire et du capitaliste sur l'ouvrier comme celle du mari sur la femme et sa famille. Contestation utopique donc, qui a pour objet d'imaginer un modèle législatif idéal. Dans le même esprit, mais plus concrète, s'élabore la critique des juristes.

2.1.2 La critique théorique du Code par les juristes et son adaptation par la pratique

Nous pouvons ainsi résumer, au risque de la caricaturer, l'attitude du monde des juristes : d'une part, la critique du Code par une partie de la doctrine, d'ailleurs liée au monde politique républicain ; d'autre part, une tentative d'adaptation du Code aux nouvelles réalités sociales par l'entremise de la loi et de la jurisprudence.

Dans le cadre restreint du présent article, il nous est évidemment impossible d'évoquer toutes les critiques dont le Code fut l'objet. C'est pourquoi nous allons nous attarder sur le juriste qui fut le symbole de la critique du Code Napoléon, mais qui tenta aussi de proposer des réformes. Utopiques pour l'époque, elles nous apparaissent parfois prophétiques aujourd'hui. Nous étudierons ainsi Acollas, juriste marginal, mais dont le *Manuel de droit civil* mériterait d'être sorti de l'oubli condescendant dont il est l'objet depuis un siècle. Conception d'autant plus regrettable qu'Acollas suscita, nous le verrons, une commission de réforme du Code civil dont nombre de propositions furent reprises par les républicains au pouvoir.

Toute l'œuvre juridique d'Acollas a pour objet de critiquer le Code Napoléon, dans la mesure où il incarne la trahison envers les idéaux révolutionnaires. Évoquant, dans son ouvrage d'introduction au droit, son manuel de droit civil, Acollas rappelle la définition kantienne du droit, ce « premier principe » auquel il se rattache : « l'ensemble des conditions au moyen desquelles l'arbitre de l'un peut s'accorder avec celui de l'autre, suivant une loi générale de liberté ». L'examen, tant de la doctrine que de la législation et de la jurisprudence, l'amène à cette conclusion désabusée que pour « le procédé, la science du droit demeure fixée à celui du Moyen Âge, et est devenue un art de subtilité et d'équivoque. Pour le fond, notre droit civil actuel, dans son ensemble, est en pleine réaction contre les idées de la révolution et contre le premier principe du droit⁵⁴. »

54. E. ACOLLAS, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1885, p. 95, note 3.

Les valeurs révolutionnaires demeurent ainsi, pour Acollas, le socle des valeurs juridiques, le fondement enfin « révélé » de la véritable justice⁵⁵. Le Code napoléonien les trahit, en les travestissant par un retour à la législation antérieure⁵⁶. La trahison des valeurs révolutionnaires, telle est la trame qui sous-tend sa critique du Code à propos de la famille et de la propriété.

Sa critique de la famille concerne à la fois l'institution matrimoniale et l'incapacité de la femme mariée.

Acollas critique le Code napoléonien parce qu'il a fait du mariage un contrat et une institution trop soumise à l'intervention de la société⁵⁷. L'idée, déjà formulée par Kant, que le mariage est un contrat, conduit à une conception matérialiste du mariage, conception qui lui ôte son essence même. En effet, si le contrat peut être défini comme un concours de volontés sur un même objet, force est d'admettre que le mariage devient absurde. Et Acollas de longuement développer les conséquences, illogiques, du mariage envisagé comme contrat. L'objet de ce contrat sera-t-il la possession de la personne⁵⁸ ? Les obligations qui découlent de ce contrat seront-elles de prêter, comme le veut Kant qui en déduit que la prestation ne peut être que la *copula carnalis* ? Sera-ce l'obligation de faire, « dont on verra où elle conduira », notamment dans l'obligation de dommages et intérêts si le débiteur ne « fait pas »⁵⁹ ? L'idée de qualifier le mariage de contrat aboutit donc à une impasse, pour ne pas dire une absurdité juridique. Le mariage est autre chose qu'un contrat, c'est une morale qui domine la loi civile⁶⁰. Voilà ce qu'avaient compris les conventionnels qui

55. E. ACCOLLAS, *Manuel de droit civil; commentaire philosophique et critique du Code Napoléon, contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. I, Paris, 1874, p. XXVIII : « Pour la première fois, le législateur (révolutionnaire), n'eut d'autre pensée que de trouver la formule du juste » [...] « Les lois [...] instituèrent l'égalité civile [...] consacrèrent l'égalité sociale de l'enfant né dans le mariage et de l'enfant né hors mariage, [...] renouvelèrent enfin les bases morales politiques et économiques du système des successions » (p. XXIX).

56. *Id.*, p. 31 : « Le principal caractère de la législation napoléonienne est sa profonde antipathie contre la liberté ; en ce point, elle restaure, le plus qu'elle peut, les formules du Droit ancien, et ne se fait même pas faute, lorsqu'elle le peut, de les exagérer. »

57. E. ACCOLLAS, *op. cit.*, note 55, t. I, p. 117 et suiv. : « Le droit actuel attribue au mariage deux caractères qui sont deux erreurs : il fait du mariage un contrat. Il en fait, en outre, une institution où la société intervient avec un droit et un intérêt propres. »

58. *Id.*, p. 120 : « Il est facile de voir, si l'on pousse l'analyse jusqu'à un degré suffisant, que l'objet du contrat se résout toujours en une chose que le débiteur est tenu de mettre à la disposition du créancier, soit de lui-même, soit, s'il s'y refuse, par voie de coercition sociale. La possession de la personne humaine est-elle matière à contrat ? »

59. *Id.*, p. 120, note 3.

60. *Id.*, p. 120 : « cette autre chose domine la notion du contrat de toute la supériorité de la loi morale pure sur la loi civile. »

concevaient le mariage comme principe de liberté, puisque les époux règlent librement les conditions de leur union, et d'égalité. Le mariage dépasse ainsi la sphère juridique, qui était dominée par la loi morale⁶¹.

Accollas adresse une autre critique au Code napoléonien : le législateur y intervient trop et « le mariage relève du droit social⁶² ». Il vise plus particulièrement les contrats de mariage, dont la réglementation appartient au législateur, qui attente ainsi à la liberté et à l'égalité des conjoints⁶³. Et Accollas de placer la liberté des époux au-dessus de la loi et d'en déduire qu'« il n'y a nul lieu pour les époux de se lier l'un envers l'autre par un contrat, lors même qu'il ne s'agit que de leurs biens⁶⁴ ». Le Code, en imposant un contrat, va à l'encontre de la liberté individuelle, de l'autonomie des conjoints : « Il est irrationnel que l'un des époux abdique au profit de l'autre le moindre attribut de son droit de propriétaire, et, quand aucun des deux n'a exprimé une volonté de cette sorte, c'est une tyrannie en même temps qu'une absurdité de la part du législateur de la supposer dans l'un des deux⁶⁵. »

Cependant, Accollas, en dénonçant cette tyrannie législative, se heurte au problème de l'administration des biens du ménage, traditionnellement dévolue au mari, chef de famille, en raison de sa supériorité maintes fois proclamée par les juristes. Là encore, Accollas ne craint pas de partir en guerre contre cette conception et de défendre, à travers l'égalité des époux, l'égalité de l'homme et de la femme. Dépassant en effet le simple problème de l'administration des biens du couple confiée au mari, il replace le problème dans le cadre plus large de la société. L'inégalité de la femme envers son mari est du même ordre que celle de l'ouvrier envers son employeur, de l'enfant riche envers l'enfant pauvre⁶⁶. L'inégalité résulte non de la

61. *Id.*, p. 119-120 : « En matière de mariage, le Code de la Convention avait posé les deux principes fondamentaux. Il déclarait : 1) que le mariage appartient à la liberté, c'est-à-dire à la conscience ; 2) qu'il constitue une association sur le pied de l'égalité entre l'homme et la femme [...] l'idée du contrat disparaissait dans une conception supérieure ; la société revenait à son vrai rôle, elle donnait et prenait acte. La loi civile commençait à restituer l'union conjugale à la loi morale. »

62. *Id.*, p. 121.

63. E. ACCOLLAS, *op. cit.*, note 55, t. III, p. 2 : « Peut-on reconnaître au législateur le droit de déclarer que les intérêts pécuniaires des époux seront juridiquement associés [...] le droit d'imposer à cette association une forme déterminée, lorsque les époux n'ont pas voulu ou pas pu établir eux-mêmes le règlement de leurs intérêts pécuniaires ? »

64. *Id.*, p. 3. Et Accollas d'en conclure que « chacun des époux doit demeurer libre de disposer, selon sa conscience, de ses biens comme de sa personne ».

65. *Id.*, p. 4.

66. *Id.*, p. 4-5 : « L'opinion de l'infériorité naturelle de la femme par rapport à l'homme est exactement du même ordre que celle qui consisterait à soutenir aujourd'hui que l'ouvrier est inférieur au capitaliste qui l'opprime [...] aujourd'hui qui oserait prétendre a priori

nature, mais de la différence d'éducation, et ce, pour l'enfant pauvre comme pour l'ouvrier ou la femme. Cette dernière, depuis qu'elle est enfant, « est pénétrée de l'idée qu'elle ne saurait marcher l'égale de l'homme [...] qu'elle n'a pas la vocation du travail et de la responsabilité, qu'elle est faite pour dépendre et servir⁶⁷. » De là la nécessité de l'affranchissement de la femme, affranchissement inéluctable et qui lèvera la contradiction d'une femme qui se présente comme soumise devant ses propres enfants qu'elle élève pour devenir libres. Et lyriquement, Acollas de montrer que cette conquête de sa liberté par la femme commence dans son foyer. C'est là qu'elle doit affirmer financièrement, administrativement sa propre autonomie⁶⁸.

Ainsi, le mariage cessera d'être ce qu'il est dans le Code, « le plus vil de tous les contrats [où] l'homme y troque sa personne contre une somme d'argent et la femme s'y prostitue à un homme qu'elle n'aime pas⁶⁹ ». Cela implique la liberté de chacun des époux, c'est-à-dire leur autonomie, la libre disposition de leurs biens. Bref, un changement législatif simple s'impose : « le titre du contrat de mariage est abrogé⁷⁰ ».

Une autre institution fondamentale, le droit de propriété, sera l'objet des critiques d'Acollas. De fait, cette critique touche autant le Code napoléonien que le Code de la Convention.

Après avoir rappelé les deux définitions⁷¹, Acollas leur reproche de ne point véritablement caractériser l'objet de la propriété.

qu'entre le même nombre d'enfants riches et d'enfants pauvres, pris à l'aventure, la supériorité morale ou intellectuelle est du côté des enfants riches, et l'infériorité, du côté des enfants pauvres ? »

67. *Id.*, p. 6.

68. *Id.*, p. 7 : « Par où commencera l'affranchissement ? Par le foyer [...] c'est la première assise de la cité ; Il faut que la femme s'asseye au foyer l'égale de l'homme. Or pour cela : il faut que, comme l'homme, la femme travaille et gagne [...] elle gouverne sa personne et ses affaires ; il faut, [...] qu'en tout ordre règne le droit humain, l'autonomie de la personne humaine. »

69. *Id.*, p. 9.

70. *Ibid.* : « Chacun des époux doit conserver la libre propriété et la libre disposition des biens qui lui appartiennent ; en conséquence, la séparation de biens est le seul régime matrimonial, et il doit être le régime matrimonial supposé de toutes les personnes qui n'en ont point adopté d'autres [...] Quant à la disposition légale [...] elle peut se résumer dans cette brève formule : art. 1^{er} et unique : Le Titre du Contrat de mariage est abrogé. »

71. *Code de la Convention*, Livre II, t. II, art. 2 : « la propriété d'un bien est le droit qu'a celui en qui elle réside de jouir et de disposer de ce bien ». Art. 544 C.C. : « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

En ce qui concerne le Code napoléonien, la critique d'Acollas suscite l'intérêt. La définition du droit de propriété « paraît nier sans nécessité l'obligation morale du propriétaire⁷² ». La critique est intéressante en ce que notre auteur opère une distinction entre deux sphères d'action d'un propriétaire. La sphère juridique est délimitée par le droit, et la limite est franchie dès que le propriétaire empiète sur les droits d'autrui. Toutefois, il existe également pour Accollas une sphère morale, qui définit le devoir du propriétaire. Car il est un devoir du propriétaire, soit « tirer de sa chose toute l'utilité qu'elle comporte ». Or il est connu que, dans la conception du Code napoléonien, tout propriétaire est, juridiquement, libre d'agir contrairement à ce que la morale devrait lui imposer, selon Accollas. Et, d'après ce dernier, le devoir moral devrait l'emporter sur la liberté juridiquement reconnue, au point que tout propriétaire devrait pouvoir, « par voie d'action », être contraint de se comporter selon un code moral de la propriété⁷³. Ainsi, comme pour l'institution matrimoniale, le fondement du droit doit demeurer la morale, qui concerne le groupe entier, et doit transcender le cadre étroit de l'intérêt strictement individuel. En ce sens, le droit doit être au service de la morale sociale, et non plus au service de l'individu, et donc parfois au détriment de la société⁷⁴. N'est-il pas possible de discerner déjà l'idée, amplement développée plus tard par Duguit, que la propriété est une fonction sociale ?

Nous ne nous attarderons pas sur les deux autres critiques qu'Accollas adresse au droit de propriété tel qu'il est conçu par le Code napoléonien⁷⁵. Nous préférons insister sur une critique plus radicale : le Code de la Convention tout comme le Code napoléonien ne font que reproduire la définition romaine de la propriété, c'est-à-dire une définition fondée non sur le droit mais sur le fait⁷⁶. Seule la Révolution, qui proclame la liberté et

72. E. ACCOLLAS, *op. cit.*, note 55, t. II, p. 569.

73. *Id.*, p. 570 : « cependant, même sans excéder son droit, il est possible que le propriétaire n'accomplisse pas son devoir. Au point de vue moral, il est tenu non seulement de tirer de sa chose toute l'utilité qu'elle comporte, mais encore d'accroître indéfiniment cette utilité. À plus forte raison, le propriétaire manque-t-il à son devoir, lorsqu'il détériore sa chose ou lorsqu'il la détruit. Il en est de même lorsqu'il l'emploie à un mauvais usage. Néanmoins, dans ces divers cas, il n'excède juridiquement son droit, et nous pensons même que, s'il y a lieu, il doit être admis à l'exercer par voie d'action. »

74. *Id.*, p. 570, n° 1 : « il y a une série de devoirs du propriétaire qui découlent de la loi de fraternité ».

75. *Id.*, p. 569 : « [cette définition], en tant qu'elle pose en face l'un de l'autre le droit individuel et le droit social, est contradictoire dans son idée comme dans sa formule. En tant qu'elle place la propriété sous le coup, non seulement des lois, mais aussi des règlements, elle la livre à l'arbitraire du chef de l'État. »

76. *Id.*, p. 571 : « Ces deux Codes ont reproduit le principal élément de la définition romaine ; or, la propriété romaine n'est pas une propriété de droit ; elle ne relève que du fait [...]

l'égalité, permet de fonder véritablement un système juridique au sein duquel la propriété peut être comprise. Dès lors, le droit de propriété doit se fonder sur ces principes d'égalité et de liberté. D'où la définition proposée par Acolas : « La propriété est le droit de l'individu aux produits de son travail et à ceux qu'il tient de la libéralité d'un autre⁷⁷. » Le travail légitime la propriété, et cette légitimation renvoie aux principes de la liberté et de l'égalité. Chacun est libre de travailler pour devenir propriétaire. Chacun possède le même droit au travail qui lui permet de devenir propriétaire⁷⁸.

Acolas ne se contenta pas de critiquer le Code napoléonien. Il s'efforça de le réformer et, dans ce but, il réunit autour de lui un comité d'étude dont le but était la refonte de la législation civile. La composition en était éclectique, puisque s'y trouvaient, à côté de juristes, des économistes libéraux⁷⁹. En fait, s'y rencontrèrent, durant l'année 1866, la plupart de ceux qui devaient jouer un rôle politique important durant les débuts de la III^e République. Comme le notait Acolas lui-même, la refonte de la législation civile devait s'effectuer dans une optique de réconciliation entre la démocratie et le droit, c'est-à-dire d'adaptation de la législation aux nouvelles réalités économiques⁸⁰. Les propositions qui y furent élaborées sont d'autant plus intéressantes qu'elles seront reprises par la législation de la III^e République. Elles sont fondées sur l'idée de rétablir une certaine justice, ou tout au moins d'éliminer certaines inégalités devenues incompatibles avec l'évolution des mentalités. C'est ainsi que fut proposé le rétablissement du divorce dont les causes seraient « des condamnations à

La société romaine, fondée sur l'asservissement du plus grand nombre, était incapable d'arriver à dégager l'idée de la propriété [...] Elle accepta l'état de choses qui dérivait de la conquête et de l'esclavage, et elle n'eut pour premier souci que de les maintenir. »

77. *Id.*, p. 572. Cette définition se rapproche de celle qui est proposée dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1793 : « le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, des fruits de son travail et de son industrie ».

78. *Ibid.* : « La propriété n'est légitime qu'à la condition d'être fondée sur l'effort propre de l'individu [...] Tout individu a le même droit à la propriété, en d'autres termes, tout individu a le même droit de faire effort pour l'obtenir. La liberté de l'effort, c'est-à-dire du travail, est donc la première condition d'un système rationnel de la propriété. »

79. Ce comité d'étude se composait notamment de J. Favre, J. Simon, Vachert, J. Garnier, C. Seneuil, J. Ferry, C. Floquet et H. Brisson.

80. E. ACCOLAS, *op. cit.*, note 55, t. I, p. LXXX : « Notre réunion [...] se donne pour programme de rechercher les bases sur lesquelles la démocratie devra, au jour de son avènement, asseoir à la fois cette législation et la reconstruction de la magistrature. Elle a pour idéal de substituer la liberté au régime oppressif des vieilles institutions juridiques, la conscience et la raison à l'art prétendu savant qui a si longtemps étouffé l'une et l'autre sous la formule et qui heurte aujourd'hui de front les réalités économiques, de constituer en un mot l'autonomie de l'individu. »

des peines graves pour des délits de droit commun, l'adultère, les sévices et injures graves⁸¹ ». Une quatrième séance, consacrée à l'égalité du mari et de la femme, aboutit à la proposition de suppression du devoir d'obéissance de la femme (art. 213), du choix de la résidence laissé au mari (art. 214) et de l'incapacité de la femme mariée (art. 217)⁸². En définitive, l'égalité de la femme et du mari est reconnue dans la vie maritale⁸³. Dans le même esprit d'égalité et de liberté, le comité d'étude propose de fixer l'âge du mariage à 18 ans pour la fille et à 21 ans pour le garçon. Cette aptitude au mariage supprimerait la nécessité du consentement parental qui ne demeurerait que « par honneur et respect⁸⁴ ». Enfin, les trois dernières séances, consacrées à la filiation légitime et naturelle, aboutirent à proposer la recevabilité de l'action en désaveu toutes les fois qu'il y a adultère de la femme, ainsi qu'à la recevabilité de la recherche de paternité hors mariage.

Ainsi, le Code civil était critiqué pour son inadéquation avec la réalité, l'évolution des mentalités, inadéquation qui engendrait des injustices. Ces critiques se retrouvent dans le livre du centenaire du Code civil où la question de sa révision y est posée. Les avis sont naturellement partagés. Si certains souhaitent vivement une refonte du Code⁸⁵, d'autres, comme Planiol, se montrent plus réservés, trouvant que « ce serait folie de raser le château pour changer quelques poutres et quelques ardoises⁸⁶ ».

81. 2^e et 3^e séance de la *III^e République*. Dans la cinquième séance, il fut même proposé de supprimer la répression pénale de l'adultère. En ce qui concerne l'adultère, la simple infidélité du mari ou de la femme constituerait un motif suffisant de divorce ou de séparation de corps.

82. E. ACCOLAS, *op. cit.*, note 55, t. I, p. XCIII : « historiquement, [ce principe] forme un vestige d'une société détruite ; théoriquement, il heurte l'idée que la femme est un être capable de raison au même titre que l'homme, et partant apte comme lui à contracter des obligations et à disposer de son patrimoine ; il favorise enfin la fraude en permettant à la femme d'arguer de sa prétendue faiblesse pour faire annuler des engagements qu'elle a librement consentis. »

83. E. ACCOLAS, *op. cit.*, note 55, t. I, p. XCIII : « La réunion est unanime pour reconnaître à la femme comme à l'homme une personnalité autonome et pour proclamer la réciprocité des droits, des devoirs et l'équivalence des fonctions entre époux. Elle ne maintient dans le chapitre VI que l'art. 212. »

84. *Id.*, 5^e séance.

85. F. LARNAUDE, « Le Code civil et la nécessité de sa révision », dans *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Paris, 1979 (réédition) t. II, p. 901 : « Faut-il réviser le Code civil. Je réponds : oui, sans hésiter, et j'ajoute : faisons cette révision au plus tôt. » Plus loin, F. Larnau de précise que cette révision s'impose dans le droit de la famille et dans le droit ouvrier où « le Code civil est incontestablement arriéré et profondément insuffisant [...] Le droit ouvrier est une législation de classe » (p. 914).

86. *Id.*, M. PLANIOL, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », *op. cit.*, note 85, p. 963.

Devant l'inadaptation et la rigidité du Code civil, génératrices d'injustices et d'inégalités, il était inévitable que le législateur et le magistrat s'efforcent, dans leur domaine respectif, d'en atténuer les conséquences.

La II^e République, dans un souci de morale (éviter le concubinage) comme de justice, facilita le mariage des indigents par la *Loi du 10 décembre 1850* ; elle abolit de même la mort civile (*Loi du 31 mai 1854*).

La III^e République rétablit le divorce, les causes étant les mêmes pour le mari et la femme. Elle s'attaqua à la puissance maritale en permettant à la femme de se dispenser de l'autorisation maritale pour verser son salaire à la Caisse d'épargne (lois de 1880, 1886 et 1898) ; elle ébranla la puissance paternelle par la *Loi du 24 Juillet 1889* qui protégeait les enfants maltraités et retirait au père sa puissance paternelle. La *Loi du 25 mars 1896* atténua l'inégalité successorale entre enfants naturels et enfants légitimes.

En ce qui concerne la législation ouvrière, il faut attendre 1868 pour que l'article 1781 du Code soit abrogé et 1898 pour que les ouvriers n'aient plus à prouver la faute de l'employeur lors d'un accident de travail.

La jurisprudence elle-même participa naturellement à cette nécessaire adaptation. Le « bon juge » Magnaud est resté célèbre pour avoir acquitté une femme sans travail qui avait volé un pain. Sa motivation manifeste clairement que son rôle était de tempérer l'injustice et la rigidité du Code⁸⁷. Dans le même esprit de justice, signalons la création de notions comme l'abus de droit, l'autorisation donnée à la femme d'exercer une profession malgré le refus du mari⁸⁸ ou la possibilité pour la fille-mère d'obtenir des dommages et intérêts pour séduction dolosive.

2.2 La remise en cause des fondements du Code : Duguit

Au-delà de la critique du Code et de sa nécessaire adaptation à des fins de justice, certains auteurs contestent les fondements mêmes de la codification. Tel est le cas de Duguit. Ce dernier, en effet, remet en cause l'un des piliers du Code civil, l'individu, le droit subjectif, et, par voie de conséquence, bouleverse la conception individualiste d'un autre pilier du Code, le droit de propriété, « inviolable et sacré ».

87. H. LEYRET, *Les jugements du président Magnaud réunis et commentés*, Paris, 1900. Affaire *Ménard*, jugement du Tribunal de Château-Thierry du 4 mars 1898 : « ...Attendu qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un membre de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ; que lorsqu'une pareille situation se présente... le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi. »

88. M. HOFFERT, *Le magistrat contre la femme*, mémoire de diplôme d'études avancées (histoire de la science juridique européenne), Strasbourg, 1998.

Cette remise en cause de l'un des fondements du Code civil passe par la remise en cause du système juridique lui-même et de son rapport avec la réalité. Le droit est issu du quotidien, des faits et n'est pas créé par le législateur. Bien plus, le texte de loi se trouve rapidement dépassé par les faits⁸⁹.

C'est ce processus de désaffectation juridique qui est observable en France. La Révolution de 1789 édicte les principes politiques et sociaux fondamentaux sur lesquels se fondera le Code de 1804. Certains pensaient que ce système juridique serait définitif, puisqu'il « s'imposait avec la rigueur et l'évidence d'un système de géométrie » et que « le droit de tous les pays, de tous les peuples civilisés ne pourrait être que le développement normal et rationnel des principes immortels et définitifs formulés dans ces textes »⁹⁰.

Or, il n'en sera rien, dans la mesure où la réalité sociale, objet de l'application du droit, a évolué au point que ses valeurs nouvelles diffèrent, sinon s'opposent aux valeurs fondatrices qui furent celles du système juridique. L'individualisme du Code se confronte à une réalité « socialiste ». Désormais se fait jour une « opposition entre un système fondé sur l'idée du droit subjectif de l'individu et celui fondé sur l'idée d'une règle sociale s'imposant à l'individu⁹¹ ». Davantage qu'une confrontation entre deux systèmes juridiques, l'un figé, l'autre en plein essor, nous assistons à une opposition entre des valeurs fondatrices, entre deux philosophies juridiques d'inspiration différentes : « à la conception métaphysique du droit subjectif » se substitue « la fonction sociale s'imposant aux individus et aux groupes »⁹².

Cette opposition est source et manifestation d'un déséquilibre croissant entre le texte de droit et la réalité à laquelle il doit s'appliquer. Déséquilibre atténué par des interprétations savantes du texte⁹³. Cependant, ces dernières ne sauraient tout résoudre. De là, pour Duguit, la nécessaire remise en cause du fondement même de notre système juridique, le droit subjectif.

89. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd., Paris, F. Alcan, 1920, p. 3 : « Je suis de ceux qui pensent que le droit est beaucoup moins l'œuvre du législateur que le produit constant et spontané des faits. Les lois positives, les codes peuvent subsister intacts dans leurs textes rigides : peu importe ; par la force des choses, sous la pression des faits, des besoins pratiques, se forment constamment des institutions juridiques nouvelles. Le texte est toujours là ; mais il est devenu sans force et sans vie... »

90. *Id.*, p. 6.

91. *Id.*, p. 8.

92. *Id.*, p. 9. Et Duguit de conclure ceci : « Le système juridique civiliste était d'ordre métaphysique ; le système nouveau qui s'élabore est d'ordre réaliste. »

93. *Id.*, p. 3 : « Par une exégèse savante et subtile, on lui donne un sens et une portée auxquels n'avait point songé le législateur quand il l'écrivait. »

« Qu'est-ce donc qu'un droit subjectif », s'interroge-t-il ? Et d'en donner la définition : « c'est le pouvoir qui appartient à une volonté de s'imposer comme telle à une ou plusieurs autres volontés, quand elle veut une chose qui n'est pas prohibée par la loi⁹⁴ ». Tous les droits que possède un individu se traduisent ainsi par la possibilité pour lui d'imposer sa volonté à autrui⁹⁵. Il en résulte que les rapports entre les individus sont des rapports de volontés, et se traduisent par des hiérarchies de volontés, dans la mesure où une volonté s'impose à l'autre. Toutefois, une telle conception suppose de connaître ce qu'est la volonté, si elle peut s'imposer à autrui. Ce sont là des questions métaphysiques qui ne peuvent plus avoir cours et qui réduisent à néant le concept de droit subjectif⁹⁶.

D'où la nécessité de raisonner d'une autre manière. C'est dans cette optique que Duguit prend comme exemple le droit de l'individu par excellence, le droit de propriété. C'est un droit naturel consacré par l'article 544 du Code civil, « le droit de jouir d'une chose de la manière la plus absolue ». Il s'ensuit des conséquences qui demeurent dans la sphère de l'individualisme. Tout propriétaire peut ne pas user de sa chose. Tout propriétaire peut user de sa chose légitimement et nuire au voisin. De là l'élaboration d'un concept en vue de limiter l'exercice du droit de propriété, l'abus de droit. Concept contradictoire puisqu'il revient à dire que « le propriétaire ne peut pas faire un usage abusif, même de son droit de propriété⁹⁷ ». Et se pose la question de savoir où commence l'abus de son droit. Question subtile qui prouve par cette subtilité même l'inadéquation du droit subjectif avec la réalité actuelle.

Or, cette conception, purement individualiste, est désormais dépassée par la réalité elle-même, ou plutôt par la représentation que se font les individus de la réalité sociale. Celle-ci est désormais moins envisagée comme

94. *Id.*, p. 10. Duguit ajoute la définition de Jellinek : « un pouvoir de vouloir ou le pouvoir d'imposer aux autres le respect de son vouloir ».

95. *Id.*, p. 12 : « la liberté est un droit : j'ai le pouvoir d'imposer à autrui le respect de la volonté que j'ai de développer librement mon activité physique, intellectuelle et morale. J'ai le droit de propriété : j'ai le pouvoir d'imposer à autrui le respect de ma volonté, d'user comme je l'entends de la chose que je détiens à titre de propriétaire. J'ai un droit de créance : j'ai le pouvoir d'imposer à mon débiteur le respect de la volonté que j'ai qu'il exécute sa prestation. »

96. *Id.*, p. 13 : « Nous pouvons bien constater les manifestations extérieures des volontés humaines. Mais quelle est la nature de la volonté humaine ? [...] Une volonté peut-elle être en soi supérieure à une autre volonté ? Ce sont là autant de questions dont la solution est impossible en science positive. Par là même, la notion de droit subjectif se trouve totalement ruinée [...] c'est une notion d'ordre métaphysique qui ne peut être maintenue dans une époque de réalisme et de positivisme comme la nôtre. »

97. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, Paris, A. Fontemoing, 1927, p. 267.

une somme d'individualités égoïstes que comme une interdépendance d'individualités. Dès lors, les conceptions individualistes s'effacent, pour laisser la place à l'idée de fonction sociale que remplit l'individu. La liberté devient une fonction sociale, tout comme la propriété⁹⁸. Cette dernière « n'est plus le droit subjectif du propriétaire ; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse⁹⁹ ». Et c'est celle-ci qui est protégée par le droit.

Plusieurs conséquences découlent de cette conception de la propriété fonction sociale : le devoir, tout d'abord, d'employer sa chose à la satisfaction de ses besoins, et le devoir de l'employer à la satisfaction des besoins de la collectivité ; la compréhension de l'abus de droit, non plus à partir du droit subjectif, mais en fonction de l'interdépendance sociale¹⁰⁰. L'intérêt ou l'utilité de l'interdépendance sociale deviennent désormais le critère de justice, davantage que la codification napoléonienne, dépassée, parce qu'elle est injuste, quant à son fondement. Plus précisément, Duguit procède à une relecture du texte à partir d'une nouvelle exigence de justice. Cette finalité le conduit à réinterpréter le texte en fonction de ces nouveaux fondements. Elle l'amène ainsi à approuver une législation qui attente à la propriété individuelle, sans qu'il y ait droit à indemnité¹⁰¹. La codification est ainsi réinterprétée en fonction d'une nouvelle conception juridique, elle-même fruit d'une nouvelle conception de la justice.

Conclusion

Il nous faut maintenant conclure sur ces rapports entre codification et justice. Une première remarque s'impose : toute codification se voulant le reflet d'une certaine conception de la justice, force est pour le législateur de se forger une conception de la justice. La nature, diversement envisagée par les conventionnels et le Code de 1804, fournit certains principes de

98. *Id.*, p. 157-158 : « Dans les sociétés modernes, où la conscience nette et profonde de l'interdépendance sociale est devenue dominante, de même que la liberté est le devoir pour l'individu d'employer son activité physique, intellectuelle et morale au développement de cette interdépendance, de même la propriété est pour tout détenteur d'une richesse le devoir, l'obligation d'ordre objectif, d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale. »

99. *Ibid.*

100. *Id.*, p. 167 : « Je ne puis pas légalement établir [...] une fausse cheminée sur le toit de ma maison ou faire sans raison des fouilles dans mon jardin, parce que je fais là des choses qui ne me sont d'aucune utilité et qui ne servent aucunement l'interdépendance sociale. »

101. *Id.*, p. 168-169 : « Des lois récentes décident au contraire que l'on peut, même dans un intérêt privé et sans que cela constitue en quoi que ce soit une dépossession, une expropriation, et par conséquent sans qu'aucune indemnité soit due, que l'on peut établir des fils télégraphiques et des conducteurs d'énergie électrique sur des propriétés privées. »

justice : l'égalité et la liberté, le premier l'emportant chez les conventionnels, le second dominant dans le Code civil. Cependant, comme nous l'avons vu, le Code de 1804 fut amplement critiqué dans ses fondements.

D'où une deuxième remarque : ces critiques, notamment chez Acollas, aboutissent à voir dans les codes de la Convention un véritable modèle de justice. Il semblerait même que l'évolution législative, jusqu'à nos jours, s'inspire de ces codes. La législation récente du divorce, la prise en considération croissante des enfants naturels, le droit de la responsabilité lui-même, tous ces éléments semblent aller vers la protection des plus faibles et instaurer une véritable égalité.

Cependant, la liberté individuelle n'en est pas pour autant oubliée. La législation sur le PACS semble, elle aussi, consacrer la liberté des individus dans leur choix des rapports familiaux et placer ces nouvelles relations familiales sur un pied d'égalité avec les autres, traditionnellement plus légitimes, parce que plus traditionnelles.

Toutefois, et ce sera notre troisième et dernière remarque, cette évolution ne constitue elle-même peut-être qu'une étape, tant il est vrai que justice et codification sont toujours, pour prendre le langage des mathématiques, en position asymptotique.